

GZ 20.336/34-I 2/92

An das
Präsidium des
Nationalrats

W i e n

Museumstraße 7
A-1070 Wien

Briefanschrift
A-1016 Wien, Postfach 63

Telefon
0222/52 1 52-0*

Telefax
0222/52 1 52/727

Fernschreiber
131264 jusmi a

Teletex
3222548 = bmjust

Sachbearbeiter

Klappe

(DW)

Beitrag GESETZENTWURF
Nr. -GE/19
Datum: 1 8. DEZ. 1992
Erstellt 21. Dez. 1992

Dr. A. Zwinger

Betrifft: Stellungnahme des Bundesministeriums für Justiz
zum geänderten Entwurf eines Bundesvergabegesetzes

Das Bundesministerium für Justiz beehrt sich, 25 Ausfertigungen seiner Stellungnahme zu dem nach Beendigung des Begutachtungsverfahrens überarbeiteten Entwurf eines Bundesvergabegesetzes zu übermitteln.

14. Dezember 1992

Für den Bundesminister:

REINDL

**Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:**



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

GZ 20.336/34-I 2/92

An das
Bundeskanzleramt

W i e n

Museumstraße 7
A-1070 Wien

Briefanschrift
A-1016 Wien, Postfach 63

Telefon
0222/52 1 52-0*

Telefax
0222/52 1 52/727

Fernschreiber
131264 jusmi a

Teletex
3222548 = bmjust

Sachbearbeiter

Klappe

(DW)

Betrifft: Entwurf eines Bundesvergabegesetzes

zu GZ 600.883/1-V/8/92

Das Bundesministerium für Justiz beehrt sich, zum überarbeiteten Entwurf wie folgt Stellung zu nehmen:

Im Allgemeinen

Gegen die Heranziehung richterlicher Arbeitskapazität im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens bei Auftragsvergaben hat das Bundesministerium für Justiz erhebliche personalwirtschaftliche Bedenken:

Die Justiz ist im Hinblick auf die durch Budget- und Personalknappheit geprägte Gesamtsituation, die zunehmende Zahl komplizierter und aufwendiger Gerichtsverfahren und die beabsichtigte Erweiterung der Rechtsprechungsaufgaben (zB Neuordnung der Bestimmungen über die Untersuchungshaft, Novelle zur Konkursordnung betreffend Privatinsolvenzen und Restschuldbefreiungen) zur Übernahme zusätzlicher ressortfremder Aufgaben nicht mehr in der Lage.

- 2 -

Daran würde auch nichts ändern, wenn dem Justizressort zur Bewältigung solcher Aufgaben zusätzliche richterliche und nichtrichterliche Planstellen zur Verfügung gestellt werden, weil zusätzliche Richter regelmäßig erst ausgebildet werden müssen (wobei eine durchschnittliche Ausbildungsdauer von zumindest drei Jahren zu veranschlagen ist).

Auch die Schaffung von Kommissionen gemäß Art. 133 Z 4 B-VG bindet die dringend für die eigentlichen Rechtssprechungsaufgaben benötigten richterlichen Arbeitskapazitäten und erhöht überdies die schon jetzt kaum noch überblickbare Zahl richterlicher Nebentätigkeiten.

In diesem Zusammenhang ist auf § 63a Abs. 2 Richterdienstgesetz zu verweisen, wonach die Ausübung einer Nebentätigkeit (somit auch die Ausübung einer Funktion in einer Kommission gemäß Art. 133 Z 4 B-VG) ohne die Zustimmung der Dienstbehörde des Richters unzulässig ist. § 63a Abs. 2 RDG wurde im Bemühen um die Zurückdrängung richterlicher Nebentätigkeiten durch BGBl.Nr. 1990/59 mit Wirksamkeit vom 1. Juni 1990 neu geschaffen. Die Dienstbehörde des Richters hat die Zustimmung zur Ausübung einer Nebentätigkeit zu versagen, wenn von der Dienstbehörde wahrzunehmende Interessen, wie insbesondere die ordnungsgemäße Wahrnehmung der den Gerichten übertragenen Rechtssprechungsaufgaben, beeinträchtigt werden. Jede beabsichtigte Heranziehung von Richtern zu ressortfremden Aufgaben, so auch in Kommissionen gemäß Art. 133 Z 4 B-VG, steht daher in einem Spannungsverhältnis zu der obzitierten Bestimmung des Richterdienstgesetzes. Dieses Spannungsverhältnis birgt gerade im Hinblick auf die bereits eingangs angesprochene Budget- und Personalknappheit sowie die ständig anwachsende Zahl komplizierter und aufwendiger Gerichtsverfahren das Risiko in sich, daß die Dienstbehörde des Richters die für die Heranziehung erforderliche Zustimmung nicht erteilen kann.

- 3 -

Das Bundesministerium für Justiz ist daher im Zusammenhang mit der Übertragung zusätzlicher Aufgaben an die Gerichte, aber auch aus Anlaß der beabsichtigten Schaffung neuer Kommissionen nach Art. 133 Z 4 B-VG (bzw. der Novellierung bestehender Regelungen) regelmäßig dafür eingetreten, die jeweiligen Kompetenzen nicht den Gerichten (bzw. Kommissionen mit Richterbeteiligung), sondern anderen Einrichtungen zu übertragen, welchen auch die Organisationsgarantien nach Art. 6 MRK zukommen und die somit als Tribunale im Sinne des Art. 6 Abs. 1 MRK anzusehen sind, wie etwa den mit Art. 129a und Art. 129b B-VG eingerichteten unabhängigen Verwaltungssenaten (vgl. Mayer, Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, in Walter [Hrsg] Verfassungsänderungen 1988, Seite 83f, 98; Mayer-Stöberl, Die unabhängigen Verwaltungssenate im Rechtsschutzsystem, ÖJZ 1991, Seite 257ff).

Auch der Umstand, daß die zur Entscheidung anstehenden Sachverhalte häufig auch "civil rights" tangieren, macht noch nicht zwingend eine Entscheidung durch ein Gericht bzw eine Kommission mit Richterbeteiligung erforderlich. Der Begriff "Gericht" ("Tribunal") in Art. 6 Abs. 1 MRK ist nicht mit dem Gerichtsbegriff des B-VG gleichzusetzen, sodaß nicht schon jede Angelegenheit, die "civil rights" betrifft, den ordentlichen Gerichten (bzw. einer Kommission mit Richterbeteiligung) zugewiesen werden müßte. Nach der Rechtsprechung des EGMR kommt es für die (Gerichts-)Qualität eines rechtsprechenden Organs darauf an, daß dieses bestimmte Kriterien, wie insbesondere Unabhängigkeit sowohl gegenüber der Exekutive als auch gegenüber den jeweiligen Verfahrensbeteiligten und längere Amtsdauer der Mitglieder aufweist (vgl. Walter-Mayer aaO Seiten 231 und 440f).

Aus den dargestellten Gründen wird daher nachdrücklich ersucht, von einer Bindung richterlicher Arbeitskapazität im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens bei Auftragsver-

- 4 -

gaben (in welcher Form immer) Abstand zu nehmen und stattdessen das Nachprüfungsverfahren weisungsfrei gestellten Kommissionen mit Tribunalqualität im Sinne der MRK zu übertragen.

Im Besonderen

Zu § 6

Die grammatikalische Fassung des einleitenden Satzteiles - im Zusammenhang mit der nachfolgenden Aufzählung der öffentlichen Auftraggeber, besonders ab Z 5 - ist mißverständlich. Nach der derzeitigen Fassung ist unklar, ob auch die unter den Z 5 ff. genannten Auftraggeber öffentliche Auftraggeber sein müssen, um in den Geltungsbereich des Gesetzes zu fallen. Die durchgehende Aufzählung spricht dafür, grammatikalisch schließt aber das "sowie durch" vor Z 5 an "Vergabe von Aufträgen" an, sodaß also die Worte "durch öffentliche Auftraggeber" nur zu den Z 1-4 gehören. Wenn dies gemeint ist, könnte die Bestimmung so gefaßt werden: "Dieses Bundesgesetz gilt für Vergabe von Aufträgen

1. durch öffentliche Auftraggeber, das sind
 - a) der Bund,
2. sowie durch
 - a) (Verfassungsbestimmung)).

Zu § 8 Abs. 3

Diese Bestimmung sieht vor, daß der Verordnungsgeber bestehende Ö-Normen für verbindlich erklären muß. Damit zwingt der Gesetzgeber den Verordnungsgeber zur Rezeption von Normen, die nicht von einem im Stufenbau der Rechtsordnung eingeordneten Normensetzer stammen und rezipiert sie damit mittelbar selbst. Die Verfassungswidrigkeit

- 5 -

dieser Bestimmung wird auch nicht dadurch verhindert, daß die jeweilige Ö-Norm nur in ihrem gesetzeskonformen Inhalt rezipiert werden soll, da auch praeter legem die Normsetzung dem Art. 18 B-VG unterliegt. Es handelt sich auf jeden Fall um eine Verweisung, die - wie etwa die dynamische Verweisung in einem Bundesgesetz auf ein Landesgesetz - verfassungswidrig ist.

Das Bundesministerium für Justiz schlägt daher vor, Abs. 3 nur als Kann-Bestimmung zu fassen oder nach "soweit ihr Inhalt" etwa folgende Determinierung einzufügen: "dem Grundsatz der Zweckmäßigkeit und den sonstigen Grundsätzen dieses Bundesgesetzes entspricht und" (wobei der restliche Satzteil wohl überhaupt entfallen könnte).

Diese Ausführungen gelten auch für die §§ 17a Abs. 3, 17b, 20 Abs. 13, 21, 22 Abs. 2, 34, 37 Abs. 5, 38 Abs. 5, 40 Abs. 2 und 45 Abs. 2.

Zu § 31 Abs. 4 und § 46 Abs. 4

Dieser Absatz könnte entfallen; jedenfalls sollte das Wort "Handlungsfreiheit" nicht verwendet werden; welche rechtliche - vor allem zivilrechtliche - Bedeutung sich daraus ergeben soll, ist unklar. Bestimmte Pflichten des Auftraggebers bleiben ja jedenfalls aufrecht, etwa die aus § 19 oder die zur Rückgabe erlegter Sicherstellungen.

Zu § 35 Abs. 2

Im ersten Satzteil hätte das Wort "oder" zu entfallen.

Zu § 43 Abs. 2 Z 4

Hier sollte das Wort "sondern" durch "insbesondere" ersetzt werden.

Zu § 48

1. Bei den in § 48 Abs. 1 Z 3 angesprochenen strafgerichtlichen Verurteilungen ergeben sich Probleme, wenn

- 6 -

als Bieter eine juristische Person, eine handelsrechtliche Personengesellschaft, eine eingetragene Erwerbsgesellschaft oder ein Arbeitsgemeinschaft (§ 9 Z 4 und 5) auftritt. In diesen Fällen bleibt offen, wer die Zuverlässigkeitskriterien erfüllen muß. Hier wäre - ähnlich wie im § 49 Abs. 5 - klarzustellen, daß jeweils alle physischen Personen, die in der Geschäftsführung des Bieters tätig sind, die Zuverlässigkeitskriterien erfüllen müssen.

2. Im § 48 Abs. 1 Z 7 bleibt offen, bei welchen Auskünften die Erteilung falscher Erklärungen durch den Unternehmer dazu führt, daß dieser von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen ist.

Zu § 49d

Die zivilrechtliche Fristenregelung in Abs. 1 sollte in Übereinstimmung mit der einschlägigen Bestimmung des § 903 ABGB gefaßt werden; die vorgeschlagene Fassung läßt offen, ob hier (auch) der letzte Satz des § 903 anzuwenden ist, im übrigen stimmt sie mit diesem ohnedies überein. Am einfachsten wäre wohl ein Verweis auf § 903 ABGB und das Bundesgesetz über die Hemmung des Fristenablaufs durch Samstage und den Karfreitag (BGBl.Nr. 1961/37).

In Abs. 3 sollte das zweideutige Wort "Mitternacht" in der 5. und 6. Zeile präzisiert werden (00 Uhr oder 24 Uhr).

Zu § 69

In Abs. 3 ist das "verbundene Unternehmen" anders definiert als in § 228 Abs. 3 HGB; das Bundesministerium für Justiz erlaubt sich anzuregen, die Möglichkeit einer übereinstimmenden Definition zu überprüfen.

Zu § 93

Das Bundesministerium für Justiz kommt bei diesem die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes regelnden Paragraphen auf seine Stellungnahme im Begutachtungsverfahren (zu § 48 des ursprünglichen Entwurfs) zurück.

- 7 -

Dort wurde dargelegt, daß die ZPO nicht zur Abwicklung eines Mehrparteienverfahrens geeignet ist und die Beurteilung der Frage, wer Bestbieter ist, als reine Sachverständigenfrage viel effizienter durch den unabhängigen Verwaltungssenat - bzw. jetzt durch das Bundesvergabeamt - geprüft werden könnte. Das Bundesministerium für Justiz weist eindringlich darauf hin, daß der vorliegende Entwurf, nachdem nur die Rechtswidrigkeit durch das Bundesvergabeamt als bindende Vorfrage zu entscheiden ist, keine optimale Rechtsdurchsetzung gewährleistet, sondern zu Verzögerungen und Verteuerungen führt. Beide Effekte wären zu verhindern, wenn dem Bundesvergabeamt als dem fachlich wie verfahrensmäßig geeigneteren Organ die Entscheidungskompetenz in dem vom Bundesministerium für Justiz vorgeschlagenen Ausmaß eingeräumt würde.

Es müßten daher im § 93 - vielleicht statt dessen Abs. 3 - sinngemäß folgende Bestimmungen aufgenommen werden:

(3) "Vor der gerichtlichen Geltendmachung von Ersatzansprüchen nach diesem Bundesgesetz hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines übergangenen Bieters festzustellen, ob auf Grund eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

(4) Auf Antrag des Auftraggebers hat das Bundesvergabeamt in einem solchen Verfahren festzustellen, ob dem übergangenen Bieter oder Bewerber auch bei Einhaltung der Bestimmungen des Bundesgesetzes und der auf Grund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht erteilt worden wäre.

(5) An die Feststellungen gemäß Abs. 3 und Abs. 4 sind das Gericht die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt im Verfahren vor dem Gericht gebunden."

Wird eine Feststellung nach Abs. 3 getroffen und hat der Auftraggeber einen Antrag nach Abs. 4 nicht gestellt

oder kommt das Bundesvergabeamt zu dem Schluß, der Auftraggeber habe nicht zu beweisen vermocht, daß dem Antragsteller der Zuschlag jedenfalls nicht zu erteilen gewesen wäre (§ 100 Abs. 2), so sollte das Bundesvergabeamt überdies eine begründete Empfehlung abzugeben haben, wonach dem Antragsteller ein bestimmter Schadenersatz geleistet werden sollte (dies freilich bezüglich des Verschuldens und des Schadenersatzbetrags ohne Bindungswirkung für die Gerichte). Diese Empfehlung oder dieser Vorschlag könnte maßgeblich zur Streitbeilegung beitragen und ein Gerichtsverfahren verhindern. Die zur Erstellung des Vorschlags durchzuführenden Erhebungen könnten in einem Gerichtsverfahren zur Verfahrensbeschleunigung beitragen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß sohin das Bundesvergabeamt anstelle des Gerichts die Vorfrage zu entscheiden hätte, ob Rechtswidrigkeit vorliegt (Abs. 3 in der bisherigen Fassung) und ob in der Folge der Zuschlag jemandem erteilt wurde, der nicht Bestbieter ist. Die Beweislast, daß auch der übergangene Bieter oder Bewerber den Zuschlag nicht erhalten hätte, trifft nach § 100 Abs. 2 den Auftraggeber. Er ist in einem Vorverfahren vor dem Bundesvergabeamt beteiligt und müßte den Entlastungsbeweis schon in diesem Vorverfahren führen.

Im derzeitigen Abs. 4 des § 93 ist vorgesehen, daß das Bundesvergabeamt ein Nachprüfungsverfahren nur insoweit durchzuführen hat, als die Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit behauptet wird, für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß ist. Hier müßte im (derzeitigen) § 93 Abs. 4 zusätzlich geregelt werden, daß das Bundesvergabeamt auch zu entscheiden hat, wenn der Antragsteller die Feststellungen zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen bei den Gerichten benötigt.

- 9 -

Zu § 99

Es ist unklar, welche Auskunftspflichten im § 99 angesprochen werden; die Bezugnahme auf § 48 Abs. 3 bis 5 ist offenkundig irrig.

Im § 99 sollte auch klargestellt werden, daß die Verwaltungsübertretung von der Bezirksverwaltungsbehörde, im Wirkungsbereich einer Bundespolizeibehörde von dieser zu bestrafen ist.

Zu § 100

Das Bundesministerium für Justiz spricht sich gegen den letzten Satz des Abs. 1 aus, mit dem nach der bisherigen Rechtslage schon mögliche Schadenersatzansprüche, etwa aus culpa in contrahendo ausgeschlossen werden. Es wird ersucht, den im versendeten Entwurf vorhandenen Abs. 5 des § 48 als Abs. 6 des § 100 aufrechtzuhalten. Es erscheint nicht vertretbar, daß auch bei vorsätzlichem Verstoß gegen die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes ein übergangener Bieter auf die Kosten seiner Angebotsstellung und der Beteiligung am Vergabeverfahren beschränkt bleiben sollte.

(Eventuell sollte im § 100 Abs. 2 der Hinweis für den Auftraggeber aufgenommen werden, daß er diesen Beweis nur im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt führen kann).

Zu Abs. 5 In der letzten Fassung des Entwurfs scheint § 95 Abs. 8 nicht mehr auf, der den durch eine einstweilige Verfügung betroffenen Mitbietern Schadenersatzansprüche gewährt. Das Bundesministerium für Justiz regt an, einen derartigen Schadenersatzanspruch nicht nur für den Auftraggeber, sondern auch für Mitbewerber zu normieren, wie er auch im gerichtlichen Provisorialverfahren besteht.

Zu § 101

Hier ist auf das zu § 93 Ausgeführte zu verweisen.

Im Abs. 1 wäre neben der Normierung einer sachlichen Zuständigkeit der Gerichtshöfe erster Instanz für die

- 10 -

Schadenersatzansprüche auch eine örtliche Zuständigkeit vorzusehen. Hierbei sollte auf den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt bzw. den Sitz des Auftragsgebers abgestellt werden, da dadurch dasselbe Gericht auch in den Fällen zuständig wäre, in denen mehrere Auftragnehmer klagen.

Der § 101 Abs. 1 sollte daher, soweit dadurch die Zuständigkeit der Gerichte betroffen ist, lauten wie folgt:

"§ 101. (1) Zur Entscheidung über Ansprüche gemäß § 100 ist ohne Rücksicht auf den Streitwert in erster Instanz der mit der Ausübung der Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Gerichtshof ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt bzw. Sitz hat. Fehlt im Inland ein solcher Gerichtsstand, so ist der in Wien für eine solche Rechtsstreitigkeit sachlich zuständige Gerichtshof erster Instanz zuständig. ..."

(Diese Subsidiaritätsklausel ist erforderlich, weil nach Auskunft von Dr. Azizi (BKA) auch die Möglichkeit besteht, daß ausländische Unternehmer in Österreich Aufträge vergeben und diese - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - auch dem Bundesvergabegesetz unterliegen.)

Der letzte Satz des Abs. 1 normiert schon derzeit, daß der Rechtsweg erst nach der Entscheidung des Bundesvergabeamts zulässig ist. Gemäß den in § 93 vorzunehmenden Ergänzungen müßte das Zitat am Satzende entsprechend ergänzt werden.

Weiters müßte eine Bestimmung über die Hemmung der Verjährung aufgenommen werden (zB: "Während des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt ist die Verjährung des Anspruchs gehemmt").

14. Dezember 1992

Für die Richtigkeit der Ausfertigung: Für den Bundesminister:

REINDL

